



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10240.720390/2015-53
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-009.884 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de maio de 2023
Recorrente GONCALVES INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2012 a 31/12/2012

DISCUSSÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA. IDENTIDADE DE MATÉRIAS SUSCITADAS. SÚMULA CARF Nº 1. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. OCORRÊNCIA PARCIAL.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, com o mesmo objeto e mesmas matérias discutidas no processo administrativo, ensejando o não conhecimento do recurso voluntário, nos termos da Súmula CARF nº1.

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. AFRONTA À VEDAÇÃO DO CONFISCO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA. PODER JUDICIÁRIO. SÚMULA CARF Nº 2.

Falece o Conselho Administrativo de Recursos Fiscal de competência para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

MULTA QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE.

Ausente a comprovação do dolo, da fraude ou da simulação, inaplicável a multa qualificada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso, apenas quanto à multa qualificada e, na parte conhecida, em dar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly – Presidente.

(assinado digitalmente)

Ludmila Mara Monteiro de Oliveira - Relatora.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Christiano Rocha Pinheiro, Eduardo Augusto Marcondes de Freitas, Gleison Pimenta Sousa, Leonam Rocha de Medeiros, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira (Relatora), Martin da Silva Gesto, Sara Maria de Almeida Carneiro Silva e Sonia de Queiroz Accioly (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por GONCALVES INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA. contra acórdão, proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife – DRJ/REC –, que *conheceu parcialmente* da impugnação apresentada, apenas quanto à multa aplicada para, na parte conhecida, *rejeitá-la*.

A autuação, no valor total de R\$ 784.858,89 (setecentos e oitenta e quatro mil, oitocentos e cinquenta e oito reais e oitenta e nove centavos), relativo a diferença de contribuição patronal para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (RAT), da matriz e das filiais, nas competências de 01/01/2010 a 31/03/2011.

De acordo com a fiscalização, a ora recorrente tem como atividade principal o comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – Supermercados, sob o CNAE de nº 4711-3-02 e declarou em GFIP o percentual 2%, quando o correto seria 3% para esta atividade. Por esse motivo, foi atribuído o Fator Acidentário de Prevenção (FAP) 1,5615 e 0,8681, respectivamente, para os exercícios de 2010 e 2011.

Em sua peça impugnatória (f. 240/274) alegou, em apertadíssima síntese, a inconstitucionalidade do FAP, por afronta ao princípio da legalidade. *Em caráter subsidiário*, pediu o afastamento da multa sob dois argumentos: **i)** ausência de conduta que levasse ao agravamento da sanção; e, **ii)** inobservância ao princípio constitucional da vedação ao confisco.

A DRJ, ao se debruçar sobre as teses suscitadas, prolatou o acórdão assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/03/2011

CONCOMITÂNCIA ENTRE CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. EFEITOS.

A propositura pelo sujeito passivo de ação judicial que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual trate o processo administrativo importa renúncia ao contencioso administrativo. Ocorrerá, todavia, a instauração do contencioso em relação à matéria distinta daquela discutida judicialmente.

PEDIDO DE JUNTADA POSTERIOR DE PROVAS. INDEFERIMENTO.

O pedido de juntada de documentos e outras provas admitidas em direito após a impugnação deve ser indeferido quando não tenha sido demonstrada a impossibilidade de apresentação oportuna da prova documental por motivo de força maior, não se refira esta a fato ou direito superveniente, e nem se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

MULTA. EFEITO CONFISCATÓRIO. APRECIÇÃO VEDADA.

A vedação ao confisco, como limitação ao poder de tributar, é dirigida ao legislador, não cabendo a autoridade administrativa afastar a incidência da lei. O emprego dos princípios constitucionais não autoriza o julgador administrativo a dispensar ou reduzir multas expressas na lei, não havendo desrespeito a estes princípios quando a autuação se pauta pelo princípio da legalidade.

MULTA QUALIFICADA. DOLO. DEMONSTRAÇÃO.

A multa é qualificada quando caracterizada conduta dolosa, fraudulenta com o objetivo de impedir a ciência da ocorrência do fato gerador tributável.

Impugnação Improcedente**Crédito Tributário Mantido (f. 343)**

Intimada do acórdão, apresentou recurso voluntário (f. 355/389) replicando as teses formuladas em caráter subsidiário. Acrescentou que a “argumentação de mérito merece análise porque a autuação fez constar tal cobrança como se inexistisse ação judicial” (f. 368) e replicou a tese da inconstitucionalidade do FAP.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Relatora.

Difiro a apreciação do preenchimento dos pressupostos de admissibilidade para após tecer algumas considerações.

Em sede recursal afirma que “argumentação de mérito merece análise porque a autuação fez constar tal cobrança como se inexistisse ação judicial.” (f. 368) O ajuizamento de ações judiciais é fato incontestado, portanto. Passo à análise do seu objeto.

De forma preventiva, impetrado o mandado de segurança de nº 0002337-66.2010.4.01.3000 contra ato do Delegado da Receita Federal do Brasil em Rio Branco, buscando a) "não ser compelida ao pagamento da contribuição para o RA.T, com alíquota majorada pela aplicação do fator multiplicativo do F.A.P, criado pela Lei 10.666/03"; e b) "proceder à compensação do valor pago a maior, com todo e qualquer tributo administrado pela Receita Federal do Brasil, na hipótese de não se ter determinado, no curso da impetração, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.”

Em consulta ao andamento processual da referida ação noto haver recentíssimo acórdão, prolatado em 02/05/2023 (ID 302779051), chancelando a legalidade da aplicação da referida alíquota.

Noutro mandado de segurança, dessa vez o de nº 2010.61.00.004491-5, a ementa do acórdão destaca que

[a] aplicação do FAP, a par de harmoniosa com o princípio da legalidade, está alinhada com os valores constitucionais previstos no artigo 7º, XXII (que prevê ser direito dos trabalhadores a "redução dos riscos inerentes ao trabalho, por

meio de normas de saúde, higiene e segurança") e 201, § 10 (que determina que "Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado"). (...). (**TRF-3**. ApReeNec n.º 00044911520104036100).

Constatada a parcial identidade do objeto da lide administrativa com aquela levada a apreciação pelo Poder Judiciário, aplicável o verbete sumular de n.º 01 deste eg. Conselho, no sentido de que "importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial."

Em verdade, ainda que não tivesse a ora recorrente impetrado mandados de segurança na tentativa de discutir o mérito da obrigação principal, tampouco seria a matéria conhecida. Isso porque falece este eg. Conselho de competência para apreciar teses fundadas em inconstitucionalidade. Tanto a alegação de suposta afronta ao princípio da legalidade tributária quanto a insurgência quanto ao indigitado cariz confiscatório da sanção não podem, por força do verbete sumular de n.º 02, ser conhecidas.

Dessa forma, **conheço parcialmente do tempestivo recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.**

Cinge-se a controvérsia em verificar a existência de motivos ensejadores para a qualificadora da multa, fixada em 150%, com base no inc. I do §1º do art. 35-A da Lei n.º 8.212/91, c/c § 1º do art. 44 da Lei n.º 9.430/96.

Transcrevo a integralidade do que consta no relatório fiscal acerca da sanção cominada:

34. Sobre a diferença de contribuição social para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (RAT), pela suspensão da aplicação do Fator Acidentário (FAP) sobre a alíquota RAT, conforme decisão do MS **2010.61.00.004491-5**, que posteriormente foi reformada e denegada aplicou a multa de Ofício de 75% (setenta e cinco por cento) e a diferença de contribuição social para o RAT, informada em GFIP e recolhida com alíquota 2%, quando o correto seria 3%, aplicou-se a multa de Ofício qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), conforme determina o inciso I e §1 do artigo 44 da Lei no 9.430/96, com a seguinte redação:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei no 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei no 11.488, de 2007)

*§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será **duplicado** nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de*

novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei no 11.488, de 2007)

35. A multa qualificada justifica-se pela comprovação da ação dolosa do contribuinte, ao fazer inserir em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP, informação de alíquota RAT 2% que sabidamente não era, reduziu, deliberadamente, o valor devido e o subsequente recolhimento de sua obrigação tributária para com a Seguridade Social, o que configura a conduta ilegal do mesmo.

36. Pelo exposto, a postura do autuado amolda-se perfeitamente a situação prevista no art. 72 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964. Com efeito, ali se diz:

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, **ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.** (f. 15/16, destaques no original).

A instância *a quo*, ao cancelar a exigência da multa, “desta[cou] que o dolo do sujeito passivo foi descrito quando no uso de percentual de risco (2%) claramente dissonante da atividade empresarial declarada em GFIP (4711-3-02).” (f. 348)

Consabido inexistir sonegação, fraude ou conluio sem que a conduta dos agentes seja dolosa. E, por não ser o dolo presumido, cabe à autoridade fazendária comprová-lo. Seria diabólico o ônus de comprovar a intenção do agente, eis que intrasubjetiva e inacessível à fiscalização. Daí o porquê necessário a descrição de fatos que circundam a fraude, de modo a comprová-la.

O único fato descrito pela fiscalização para aplicação de multa de 150% foi a diferença de “alíquota de 2% (...), quando o correto seria 3%” (f. 15) me parece insuficiente para rotular a conduta perpetrada como fraudulenta.

Ora, somente “justificável a exigência da multa qualificada quando o sujeito passivo tenha procedido com evidente intuito de fraude, minuciosamente justificado e comprovado nos autos.” (CARF. Acórdão nº 9202-008.631, Rel.^a Ana Paula Fernandes, sessão de 17/02/2020) No caso, não me convenço ter a autoridade fiscalizadora logrado êxito em comprovar a situação capaz de justificar a aplicação da multa qualificada. **Afasto-a**, pois.

Ante o exposto, **conheço parcialmente do recurso, apenas quanto à multa qualificada para, na parte conhecida, dar-lhe provimento.**

(documento assinado digitalmente)

Ludmila Mara Monteiro de Oliveira

Fl. 6 do Acórdão n.º 2202-009.884 - 2ª Sejul/2ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 10240.720390/2015-53